PRB 05-44E

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

CONDITIONAL SENTENCES

Robin MacKay
Law and Government Division

21 December 2005

PARLIAMENTARY INFORMATION AND RESEARCH SERVICE
SERVICE D'INFORMATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES

The Parliamentary Information and Research Service of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Analysts in the Service are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

THE LEGISLATIVE BASIS FOR CONDITIONAL SENTENCING 2

SUSPENDED SENTENCES AND PROBATION ORDERS 5

A COMPARISON OF CONDITIONAL SENTENCES, SUSPENDED SENTENCES AND PROBATION ORDERS 6

CONDITIONAL SENTENCING DATA 7

CONDITIONAL SENTENCE CASE-LAW 10

A. *R.* v. *Proulx* 11

B. *R.* v. *Wells* 13

C. *R.* v. *Knoblauch* 14

D. *R.* v. *Fice* 15

E. *R.* v. *F.(G.C.)* 15

F. *R.* v. *Bhalru*; *R.* v. *Khosa* 16

DIFFERING VIEWS OF CONDITIONAL SENTENCES 16

BILL C-70, AN ACT TO AMEND THE CRIMINAL CODE (CONDITIONAL SENTENCE OF IMPRISONMENT) 18

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CONDITIONAL SENTENCES

INTRODUCTION

Conditional sentencing, introduced in Canada in September 1996, allows for sentences of imprisonment to be served in the community, rather than in a correctional facility.[1] It is a midway point between imprisonment and sanctions such as probation or fines. The conditional sentence was not introduced in isolation, but as part of a review of the sentencing provisions in the *Criminal Code*. These provisions included the fundamental purpose and the principles of sentencing. The fundamental principle of sentencing is that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The sentencing review set out further sentencing principles, including a list of aggravating circumstances which should increase sentences.

The primary goal of conditional sentencing is to reduce the reliance upon incarceration by providing an alternative sentencing mechanism to the courts. In addition, the conditional sentence provides an opportunity to further incorporate restorative justice concepts into the sentencing process by encouraging those who have caused harm to acknowledge this fact and to make reparation.

At the time of their introduction, conditional sentences were generally seen as an appropriate mechanism to divert minor offences and offenders away from the prison system. Overuse of incarceration was recognized by many as problematic while restorative justice concepts were seen as beneficial. In practice, however, conditional sentences are sometimes viewed in a negative light when they are used in cases of very serious crime.[2]

---

(1) Conditional sentences were introduced by Bill C-41, now S.C. 1995, c. 22, proclaimed in force on 3 September 1996, amending the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Amendments to the conditional sentencing regime were made by Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act and the Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1999, c. 5. The relevant part (clauses 39-42) came into force on 1 July 1999.

(2) Alberta Justice and Attorney General, *The Conditional Sentence of Imprisonment: The Need for Amendment*, 17 June 2003.

Concern has been raised that some offenders are receiving conditional sentences of imprisonment for crimes of serious violence, sexual assault and related offences, driving offences involving death or serious bodily harm, and theft committed in the context of a breach of trust. While most people would agree that allowing persons not dangerous to the community, who would otherwise be incarcerated, and who have not committed serious or violent crime, to serve their sentence in the community is beneficial, some consider that in certain cases the very nature of the offence and the offender require actual incarceration. The fear is that to refuse to incarcerate an offender can bring the entire conditional sentence regime, and hence the criminal justice system, into disrepute. In other words, it is not the existence of conditional sentences that is problematic, but, rather, their use in cases that seem clearly to call for incarceration.

THE LEGISLATIVE BASIS FOR CONDITIONAL SENTENCING

The provisions governing conditional sentences are set out in sections 742 to 742.7 of the *Criminal Code*. These set out four criteria that must be met before a conditional sentence can be considered by the sentencing judge:

1. The offence for which the person has been convicted must not be punishable by a minimum term of imprisonment;

2. The sentencing judge must have determined that the offence should be subject to a term of imprisonment of less than two years;

3. The sentencing judge must be satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community; and

4. The sentencing judge must be satisfied that the conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing as set out in sections 718 to 718.2 of the *Criminal Code*.

Insofar as the fourth criterion is concerned, among the objectives of sentencing are:

- The denunciation of unlawful conduct;

- The deterrence of the offender and others from committing offences;

- The separation of the offender from the community when necessary;

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

106-04176/

- The rehabilitation of the offender;
- The provision of reparation to victims or the community; and
- The promotion of a sense of responsibility in the offender.

The fundamental principle underlying sentencing is proportionality – the sanction imposed by the court must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Other sentencing principles require that aggravating and mitigating factors be taken into account, that there be similarity of sentences for similar offences, that the totality of consecutive sentences should not be unduly long, and that the least restrictive sanction short of incarceration should be resorted to whenever possible.

In addition to meeting the criteria set out above, conditional sentences involve a number of compulsory conditions, as set out in section 742.3 of the *Criminal Code*. These conditions compel the offender to:

- Keep the peace and be of good behaviour;
- Appear before the court when required to do so;
- Report to a supervisor when required;
- Remain within the jurisdiction of the court, unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and
- Notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.

Furthermore, optional conditions are designed to respond to the circumstances of the individual offender. Such conditions may include an order that the offender abstain from the consumption of alcohol or drugs, abstain from owning, possessing or carrying a weapon, perform up to 240 hours of community service, or any other reasonable condition that the court considers desirable for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of another offence. The court must ensure that the offender is given a copy of this order and an explanation of the procedure for changing the optional conditions and the consequences of breaching the conditions.

Section 742.6 of the *Criminal Code* sets out the procedure to be followed when one or more of the conditions of a conditional sentence is breached. The section contemplates that the allegation of the breach may be made out by documentary evidence. The allegation must be supported by a written report of the supervisor including, where possible, signed witness statements. The offender must be given a copy of this report. If the court is satisfied that a breach of a condition has been proved on a balance of probabilities, the burden is then on the offender to show a reasonable excuse. Where the breach is made out, the court may: take no action; change the optional conditions; suspend the conditional sentence for a period of time and require the offender to serve a portion of the sentence, and then resume the conditional sentence with or without changes to the optional conditions; or terminate the conditional sentence and require the offender to serve the balance of the sentence in custody.

The *Youth Criminal Justice Act*[3] includes a sanction similar to the conditional sentence of imprisonment. The Deferred Custody and Supervision Order (DCSO)[4] is a sentence in which a young offender spends time in the community under supervision. It has a maximum duration of six months and may not be imposed for a serious violent offence, defined as an offence in the commission of which a young person causes or attempts to cause serious bodily harm.

The DCSO must be consistent with the purpose and principles set out in section 38 of the *Youth Criminal Justice Act* and the restrictions on custody set out in that Act's section 39. The purpose of sentencing young offenders, as set out in section 38, is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public. The sentencing principles enunciated in section 38 include the proportionality doctrine outlined above, as well as the necessity of imposing a sentence that is most likely to rehabilitate the young person and reintegrate him or her into society. Section 39 states, *inter alia*, that a youth justice court shall not use custody as a substitute for appropriate child protection, mental health or other social measures.

---

(3) S.C. 2002, c. 1.

(4) Section 42(2)(*p*).

A DCSO is also subject to the conditions set out in subsection 105(2) and to any conditions set out in subsection 105(3) that the court considers appropriate. The mandatory conditions set out in subsection 105(2) include a requirement that the young person appear before the youth justice court when required, report to the provincial director immediately on release, advise the provincial director of the young person's address on release and any subsequent changes in address, occupation, or financial situation, and not own any weapons except as authorized by the order. The optional conditions under subsection 105(3) include orders to make reasonable efforts to obtain and maintain suitable employment, attend school or any other place of learning, reside in any place that the provincial director may specify, and remain within the territorial jurisdiction of one or more courts named in the order.

SUSPENDED SENTENCES AND PROBATION ORDERS

As an alternative to the possibility of imposing a conditional sentence, a court may suspend sentence and impose a probation order. Section 731 of the *Criminal Code* indicates that, where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence, and the circumstances surrounding its commission, suspend the passing of sentence and direct that the offender be released on the conditions prescribed in a probation order. This possibility is open to the court only if no minimum punishment is prescribed by law.

The court has the power to revoke a suspended sentence where the offender is convicted of an offence while on probation. The court also has the option of directing that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order, in addition to imposing a fine or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years. The term of imprisonment may be a conditional one, in which case the probation order comes into force at the expiration of the conditional sentence. A court may also make a probation order where it discharges (either absolutely or conditionally) an accused under subsection 730(1). The maximum period of probation is three years.

As with conditional sentences, there are mandatory and optional conditions for a probationary order. Section 732.1 of the *Criminal Code* states that the mandatory conditions are that the offender keep the peace and be of good behaviour, appear before the court when required, notify the court or the probation officer in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the probation officer of any change of employment or occupation.

The optional conditions available to the court include a requirement that the offender report to a probation officer when required to do so, abstain from alcohol or drugs, abstain from owning, possessing or carrying a weapon, participate actively in a treatment program, if the offender agrees, and comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community. As is the case with conditional sentences, the court is required to furnish the offender with a copy of the probation order, an explanation of the consequences for breaching the order, and an explanation of the procedure for applying to vary the optional conditions.

Section 733.1 of the *Criminal Code* sets out the consequences of an offender's failing to comply with the terms of a probation order, without reasonable excuse. Such a failure is either an indictable offence and makes the offender liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or is a summary conviction offence and makes the offender liable to imprisonment for a term not exceeding 18 months or to a fine not exceeding $2,000, or both.

A COMPARISON OF CONDITIONAL SENTENCES, SUSPENDED SENTENCES AND PROBATION ORDERS

The provisions set out above demonstrate some important differences between conditional sentences, suspended sentences, and probation orders. Firstly, unlike the suspended sentence under section 731(1)(*a*), the court acting under the conditional sentences provision actually imposes a sentence of imprisonment. This sentence, however, is served in the community, rather than in a correctional facility.

Secondly, under section 742.3(2)(*e*) the court may order the offender to attend a treatment program as part of a conditional sentence. There is no statutory requirement for the offender's consent as there is under section 732.1(3)(*g*) for probation orders.

Thirdly, the wording of the residual clause in section 732.1(3)(*h*) dealing with optional conditions in probation orders states that one of their goals is to facilitate the offender's successful reintegration into the community. This is unlike the residual clause in section 742.3(2)(*f*) dealing with conditions of conditional sentences, which does not focus principally on the rehabilitation and reintegration of the offender and therefore authorizes the imposition of punitive conditions such as house arrest or strict curfews. This again emphasizes that conditional sentences are considered to be more punitive than probation orders.

Finally, the punishment for breaching the conditions of a conditional sentence range from the court taking no action to the offender being required to serve the remainder of his or her sentence in custody. By contrast, breach of a probation order is made its own offence, with imprisonment a possible punishment. The differing consequences for breach of a condition is related to the fact that breaches of conditional sentence orders need be proved only on a balance of probabilities, while breaches of probation orders, since they constitute a new offence, must be proved beyond a reasonable doubt.

CONDITIONAL SENTENCING DATA

Statistics Canada reports that conditional sentences still represent a small proportion of all sentences. A conditional sentence was imposed in 5% of all cases resulting in a conviction, and a much smaller percentage of all sentences. Thus, in 2003, of the 104,183 sentences of custody imposed across Canada, 13,267 or 12.7% were conditional sentences of imprisonment.(5) Of these, 4,215 conditional sentences were imposed for property offences while 3,619 were imposed for crimes of violence.

On an average day in 2003-2004, 154,600 adults were under the supervision of correctional services agencies in Canada, down 3% from the previous year. Four out of five of these adults, or just under 122,600, were being supervised in the community. The vast majority, 82%, were on probation, 11% were on conditional sentences and 7% were on parole or statutory release. The remaining one in five adults, about 32,000, were in a federal penitentiary or in a provincial or territorial jail. This total was 2% lower than in 2002-2003, and more than 5% below the level a decade earlier.(6) Statistics Canada states that the implementation of the conditional sentence in 1996 provided the courts with a community-based alternative to imprisonment, and has had a direct impact on the decline in the number of sentenced prison admissions.(7)

---

(5) See Statistics Canada, *Canadian Statistics* Web site, http://www40.statcan.ca/l01/cst01/legal22a.htm. Note that Quebec does not report conditional sentencing data.

(6) See Statistics Canada, *The Daily*, 16 December 2005, http://www.statcan.ca/Daily/English/051216/d051216b.htm.

(7) *Ibid.*

Statistics Canada also reports, however, that in 2003-2004, for the first time since conditional sentences were introduced in 1996, the total number of offenders admitted to a conditional sentence dropped, falling 2% from 19,200 to 18,900 offenders. In spite of this drop from the previous year, the number of conditional sentence admissions was 17% higher than in 1999-2000. These admissions have been the largest contributing factor to the 4% increase in community supervision admissions during this period. Changes in the number of admissions to conditional sentences from the previous year varied substantially among the provinces and territories. They ranged from a 57% increase in Prince Edward Island to an 11% decline in British Columbia.(8)

The imposition of conditional sentences will not only reduce the rate of incarceration, it should also represent a significant monetary saving; the average annual inmate cost for persons in provincial/territorial custody (including remand and other temporary detention) in 2002-2003 was $51,454, while the average annual cost of supervising an offender in the community (including conditional sentences, probation, bail supervision, fine option, and conditional release) was $1,792.(9) Unfortunately, no recent national statistics are publicly available on the proportion of orders breached or the nature of the judicial response to breaches. An earlier survey found that the successful completion rate of conditional sentence orders fell from 78% in 1997-1998 to 63% in 2000-2001. This failure rate was largely attributed to breaches of the increasing number of conditions placed upon offenders rather than allegations of fresh offending.(10)

A study of the trial courts in Ontario and Manitoba reveals an increase in the proportion of offenders being committed to custody and a corresponding decline in the proportion of offenders being permitted to continue serving their sentences in the community, following an unjustified breach of conditions. In 1997-1998, for example, 65% of offenders in Manitoba found to have breached their orders without reasonable excuse were subsequently committed to custody for some period of time; in 2000-2001, this proportion rose to 74%. In Ontario, the proportion rose from 42% to 50% over the same period. These data – the most

---

(8) *Ibid.*

(9) Canadian Centre for Justice Statistics, *Adult Correctional Services in Canada, 2002/03*, Table 11, http://dsp-psd.communication.gc.ca/Collection-R/Statcan/85-002-XIE/0100485-002-XIE.pdf.

(10) Julian V. Roberts, "The Evolution of Conditional Sentencing in Canada: An Empirical Analysis," *Criminal Reports*, 6th Series, Vol. 3, 2002, pp. 267-283 (Table 7).

recent breach statistics currently available – demonstrate a more rigorous judicial response to the breach of a conditional sentence order following the judgment of the Supreme Court in the *Proulx* case (see below).[11]

Due to the relatively recent introduction of conditional sentencing, few academic studies have been completed of its impact upon the criminal justice system. Furthermore, there is a dearth of sentencing statistics in Canada with even the Adult Criminal Court Survey of Statistics Canada lacking important data. One study that has been done found that conditional sentencing has had a significant impact on the rates of admission to custody, which have declined by 13% since its introduction.[12] This represents a reduction of approximately 55,000 offenders who otherwise would have been admitted to custody. The same study, however, found evidence as well of net-widening; approximately 5,000 offenders who prior to 1996 would have received a non-custodial sanction were sentenced to a conditional sentence, which is a form of custody.

Considerable variation in incarceration rates was found between provinces: in some jurisdictions, net-widening was quite significant; in other provinces, the opposite occurred.[13] In several provinces, the reduction in the number of admissions to custody exceeds by a considerable margin the number of conditional sentences imposed. Thus, there has been a general shift towards the greater use of alternatives to imprisonment, possibly as a result of the statutory reforms introduced in 1996.[14] One of these changes was the codification of the principle of restraint with respect to the use of imprisonment.

In a study that concentrated upon the victims of crime and their attitudes towards conditional sentencing, the following benefits of conditional sentencing were cited:

- Most rehabilitation programs can be more effectively implemented when the offender is in the community rather than in custody;

---

(11) David M. Paciocco and Julian Roberts, *Sentencing in Cases of Impaired Driving Causing Bodily Harm or Impaired Driving Causing Death*, Canada Safety Council, Ottawa, 25 February 2005, http://www.safety-council.org/info/traffic/impaired/sentencing.pdf.

(12) Julian V. Roberts and Thomas Gabor, "The Impact of Conditional Sentencing: Decarceration and Widening of the Net," *Canadian Criminal Law Review*, Vol. 8, 2004, pp. 33-49.

(13) *Ibid.*

(14) Roberts (2002).

- Prison is no more effective a deterrent than more severe intermediate punishments, such as enhanced probation or home confinement;

- Keeping offenders in custody is significantly more expensive than supervising them in the community;

- The public has become more supportive of community-based sentencing, except for serious crimes of violence;

- Widespread interest in restorative justice has sparked interest in community-based sanctions. Restorative justice initiatives seek to promote the interests of the victim at all stages of the criminal justice process, but particularly at the sentencing stage; and

- The virtues of community-based sanctions include the saving of valuable correctional resources and the ability of the offender to continue or seek employment and maintain ties with his or her family.(15)

The study concluded that, while it was clear that there was an acceptance amongst victims of the *concept* of community-based sentencing, the acceptance does not extend to the most serious crimes of violence.(16) The seriousness of such offences appeared to warrant a custodial term in the eyes of the victims. Research on conditional sentencing suggests that only a small percentage of conditional sentences are imposed for the most serious crimes of violence. Yet greater attention to the interests of victims in crafting conditional sentences could advance the restorative purposes of sentencing by providing reparation, acknowledgment of harm, and protection to crime victims. It could also help offenders understand the harms caused by their crimes and enhance the credibility of the conditional sentence as a meaningful alternative to imprisonment.

CONDITIONAL SENTENCE CASE-LAW

The criticism that has been directed at sentencing practices in Canada tends to focus on the nature of the offence. It often omits consideration of how the courts weigh the aggravating and mitigating factors relevant to the offender, and the circumstances surrounding the offence, in crafting an appropriate sentence. Through the sentencing provisions of the

---

(15) Julian V. Roberts and Kent Roach, "Conditional Sentencing and the Perspectives of Crime Victims: A Socio-Legal Analysis," *Queen's Law Journal*, Vol. 30, 2005, pp. 560-600.

(16) *Ibid.*, p. 599.

Criminal Code, Parliament has placed a major emphasis on a "least restrictive measures" approach and has directed the courts to use incarceration only where community sentencing alternatives are not adequate. This is consistent with Parliament's concern to address the overuse of incarceration as a response to crime in Canada and to provide for a restorative justice approach to sentencing. Collectively, these principles encourage flexibility in the exercise of judicial discretion. Over time, the Courts of Appeal and the Supreme Court of Canada are providing more detailed guidance as to how the various principles should be applied to categories of offences and offenders. Examples of the cases that have considered various aspects of conditional sentencing are set out below.

A. *R.* v. *Proulx*[17]

The most important case to consider conditional sentencing is the decision of the Supreme Court in *R.* v. *Proulx*. Here, the Court examined the issue of conditional sentences in a case that concerned a charge of dangerous driving causing death and bodily harm. Prior to this decision, judges had little guidance on when it was appropriate to impose a conditional sentence, outside of the criteria set out in the *Criminal Code*. The Supreme Court made it clear that a number of changes needed to be made to the way in which the sanction was used. But the judgment also consists of a strong endorsement of conditional sentencing. The Supreme Court set out a number of principles, which may be summarized as follows:

1. Unlike probation, which is primarily a rehabilitative sentencing tool, a conditional sentence is intended to address both punitive and rehabilitative objectives. Accordingly, conditional sentences should generally include punitive conditions that restrict the offender's liberty. Therefore, conditions such as house arrest or strict curfews should be the norm, not the exception.

2. There is a two-stage process involved in determining whether to impose a conditional sentence. At the first stage, the sentencing judge merely considers whether to exclude the two possibilities of a penitentiary term or a probationary order as inappropriate, taking into consideration the fundamental purpose and principles of sentencing. At the second stage, having determined that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, the judge should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community.

3. "Safety of the community," which is one of the criteria to be considered by a sentencing judge, refers only to the threat posed by a specific offender and not to a broader risk of undermining respect for the law. It includes consideration of the risk of any criminal activity, including property offences. In considering the danger to the community, the judge

(17) [2000], 1 S.C.R. 61.

must consider the risk of the offender re-offending and the gravity of the damage that could ensue. The risk should be assessed in light of the conditions that could be attached to the sentence. Thus, the danger that the offender might pose may be reduced to an acceptable level through the imposition of appropriate conditions.

4. A conditional sentence is available for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied. There is no presumption that conditional sentences are inappropriate for specific offences. Nevertheless, the gravity of the offence is clearly relevant to determining whether a conditional sentence is appropriate in the circumstances.

5. There is also no presumption in favour of a conditional sentence if the prerequisites have been satisfied. Serious consideration, however, should be given to the imposition of a conditional sentence in all cases where these statutory prerequisites are satisfied.

6. A conditional sentence can provide a significant amount of denunciation, particularly when onerous conditions are imposed and the term of the sentence is longer than would have been imposed as a jail sentence. Generally, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be.

7. A conditional sentence can also provide significant deterrence if sufficient punitive conditions are imposed, and judges should be wary of placing much weight on deterrence when choosing between a conditional sentence and incarceration.

8. When the objectives of rehabilitation, reparation and promotion of a sense of responsibility may realistically be achieved, a conditional sentence will likely be the appropriate sanction, subject to considerations of denunciation and deterrence.

9. While aggravating circumstances relating to the offence or the offender increase the need for denunciation and deterrence, a conditional sentence may be imposed even if such factors are present.

10. Neither party has the onus of establishing that the offender should or should not receive a conditional sentence. However, the offender will usually be best situated to convince the judge that such a sentence is appropriate. It will be in the offender's interest to make submissions and provide information establishing that a conditional sentence is appropriate.

11. The deference to which trial judges are entitled in imposing sentence generally applies to the decision whether or not to impose a conditional sentence.

12. Conditional sentencing was enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the principles of restorative justice in sentencing.

The key result of the *Proulx* decision, therefore, is that there is no presumption against the use of a conditional sentence if the crime does not have a mandatory period of incarceration.

B. *R.* v. *Wells*[18]

Another key decision of the Supreme Court concerned the role that conditional sentencing should play in relation to Aboriginal offenders. The case of *R.* v. *Wells* involved a sentence of 20 months' imprisonment imposed on an Aboriginal man convicted of sexual assault. In upholding this sentence as appropriate in the circumstances, the Supreme Court found that the proper approach to considering a conditional sentence for an Aboriginal offender involves the following sequential considerations:

1. A preliminary consideration and exclusion of both a suspended sentence with probation and a penitentiary term of imprisonment as fit sentences;

2. Assessment of the seriousness of the particular offence with regard to its gravity, which necessarily includes the harm done, and the offender's degree of responsibility;

3. Judicial notice of the "systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system and throughout society at large"; and

4. An inquiry into the unique circumstances of the offender, including any evidence of community initiatives to use restorative justice principles in addressing particular social problems.

While no offence is presumptively excluded from the possibility of a conditional sentence, as a practical matter, and notwithstanding s. 718.2(*e*) of the *Criminal Code*, particularly violent and serious offences will result in imprisonment for Aboriginal offenders as often as for non-Aboriginal offenders. Although counsel and pre-sentence reports will be the primary source of information regarding the offender's circumstances, there is a positive duty on the sentencing judge to inform himself or herself.[19] In this case, the sentencing judge did properly inform himself. The application of subsection 718.2(*e*) does not mean that Aboriginal offenders must always be sentenced in a manner that gives greatest weight to the principles of restorative justice and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation. The offence in this case was a serious one, so the principles of denunciation and deterrence led to the imposition of a term of imprisonment.

---

(18) [2000] 1 S.C.R. 207.

(19) Allan Manson, *The Law of Sentencing*, Irwin Law, Toronto, 2001, pp. 274-275.

C. *R.* v. *Knoblauch*[20]

Mentally ill offenders are not excluded from access to conditional sentences. In the case of *R.* v. *Knoblauch*, an offender with a long history of mental illness was found to be in possession of a substantial arsenal capable of causing great harm to the public and damage to property. He pleaded guilty to unlawful possession of an explosive substance and to unlawful possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. In its decision, the Supreme Court upheld the imposition by the trial judge of a conditional sentence of two years less a day to be followed by three years of probation. The offender was required to spend the period of the conditional sentence in a secure psychiatric treatment unit, unless and until a consensus of psychiatric professionals made a decision to transfer him from the locked unit.

The focus of the analysis in the *Knoblauch* case was on the risk posed by the individual offender while serving his sentence in the community. Danger to the community is evaluated by reference to the risk of re-offence and the gravity of the damage in the event of re-offence. While the gravity of the damage in this case could be extreme, the conditions imposed by the trial judge, including that the accused reside in a secure psychiatric facility, reduced the risk to a point that it was no greater than the risk that the accused would re-offend while incarcerated in a penal institution. *Knoblauch* expanded the scope of conditional sentences by using the new sanction to produce what is essentially confinement, albeit in a psychiatric facility rather than in a prison or penitentiary.

In this case, the optional conditions that may be imposed as part of a conditional sentence order were used to assess an offender's dangerousness and reduce the threat of recidivism. This is in contrast to the optional conditions of a probation order that are directed towards "facilitating the offender's successful reintegration into the community."[21] The appropriateness of confining the offender to a secure psychiatric facility flows from the intent of Parliament, in creating conditional sentences, to hold offenders accountable for offending while respecting the statutory purpose and principles of sentencing; this is to be done without subjecting the offender to penal confinement.[22] The importance of *Knoblauch* may lie in the ability of courts to send more offenders to mental health facilities and not prisons.

---

(20) [2000] 2 S.C.R. 780.

(21) *Criminal Code*, section 732.1(3)(*h*).

(22) Julian V. Roberts and Simon Verdun-Jones, "Directing Traffic at the Crossroads of Criminal Justice and Mental Health: Conditional Sentencing after the Judgment in Knoblauch," *Alberta Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2002, pp. 788-809.

D. *R.* v. *Fice*[23]

In the case of *R.* v. *Fice*, the Supreme Court ruled that a woman who attacked her mother with a baseball bat and strangled her with a telephone cord should have been sent to prison rather than allowed to serve her sentence in the community. This case should serve to restrict the availability of conditional sentences across the country. Ms. Fice pleaded guilty to aggravated assault on her mother after the pair's argument turned violent. She also pleaded guilty to fraud, personation, forgery and breach of recognizance. The Supreme Court held that the time Ms. Fice had spent in pre-trial custody was not a mitigating factor that can affect the range of sentence and, therefore, the availability of a conditional sentence. The Court held that, in considering whether to impose a conditional sentence, a court must first decide that a sentence of less than two years is appropriate. The conditional sentence regime was not designed for those offenders for whom a penitentiary term is appropriate. When a sentencing judge considers the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender and concludes that a sentence in the penitentiary range is warranted and that a conditional sentence is therefore unavailable, time spent in pre-sentence custody ought not to disturb this conclusion.

E. *R.* v. *F.(G.C.)*[24]

The case of *R.* v. *F.(G.C.)* is illustrative of the manner in which the Courts of Appeal in Canada have developed guidelines for the use of conditional sentencing by the lower courts. In this case, the accused was convicted of sexual assault and sexual interference for his grooming of two 13-year-old girls to become sex objects. This eventually led to the offender having sexual intercourse with one of the complainants. The trial judge imposed a conditional sentence of 12 months. The Crown successfully appealed this sentence to the Ontario Court of Appeal, which varied it to one year in custody, after giving credit for the one-year sentence already served. In its reasons for decision, the Court of Appeal pointed out that it had repeatedly indicated that a conditional sentence should rarely be imposed in cases involving sexual assault of children, particularly where the accused was in a position of trust. Moreover, cases that involve multiple sexual activity over an extended period of time and escalating in obtrusiveness generally warrant a severe sentence. The trial judge had also failed to take into consideration the fundamental sentencing principle in section 718.1 of the *Criminal Code* that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

---

(23) [2005] 1 S.C.R. 742.

(24) (2004), 71 O.R. (3d) 771 (C.A.).

F. *R.* v. *Bhalru*; *R.* v. *Khosa*[25]

The case of *R.* v. *Bhalru; R.* v. *Khosa* is an example of a Court of Appeal upholding a trial judge's imposition of a conditional sentence in the face of a Crown appeal. Here, two individuals were convicted of criminal negligence causing death arising out of a street race in which they participated. In the course of the race, a pedestrian was struck and killed. The trial judge ordered the two drivers to serve conditional sentences of two years less a day, followed by probation for three years. The terms imposed as part of the conditional sentences included house arrest with limited exceptions and an order to perform 240 hours of community work over a period of 18 months. A five-year driving prohibition was also imposed.

The Crown argued that the sentences were unfit. This appeal was denied by the Court of Appeal. The Court followed the principles articulated in *Proulx* and the judicial recognition that conditional sentences may, in some circumstances, achieve general deterrence and denunciation in relation to driving offences; consequently, it concluded that the sentence was consistent with the sentencing principles and was not demonstrably unfit. The Court of Appeal also found that there was an absence of aggravating factors beyond the street racing in this case; that finding, in addition to the strict nature of the conditional order that the trial judge fashioned, indicated that it was not unreasonable to order the two convicted persons to serve their sentence in the community.

DIFFERING VIEWS OF CONDITIONAL SENTENCES

Objections have been raised to the use of conditional sentences for certain crimes. One example is that of impaired driving. The organization Mothers Against Drunk Driving (MADD) Canada has circulated a petition asking Parliament to eliminate the availability of conditional sentences for those convicted of impaired driving causing death or impaired driving causing bodily harm.[26] MADD believes that for violent crimes in which persons have been killed and/or injured, a conditional sentence does not adequately address the severity of the crime. There is a perception that the justice system is tilted towards concern for the offender and not enough is said about the value of the human life that has been taken away.

A different viewpoint was taken by the Canada Safety Council after it commissioned a study (released on 25 February 2005) to examine the link between sentencing

---

(25) [2003] BCCA 645.

(26) MADD Canada, News Release, "Over 33,000 Petitioners Urge End to Conditional Sentences," 16 November 2004, http://www.madd.ca/ english/news/pr/p041116.htm.

and safety. The study, entitled *Sentencing in Cases of Impaired Driving Causing Bodily Harm or Impaired Driving Causing Death, With a Particular Emphasis on Conditional Sentencing*,[27] found that conditional sentences were used very selectively. They were ordered when there were no aggravating factors such as a poor driving record or high blood alcohol level, and typically issued to individuals who, given their character or circumstances, were good candidates for restorative justice.[28] In 2003-2004, over two-thirds of offenders convicted of impaired driving causing death and almost half of those convicted of impaired driving causing bodily harm received prison sentences. The data reveal only 9 conditional sentences were handed out for impaired driving causing death (out of a total of 53 cases), and 84 for impaired driving causing bodily harm (out of a total of 339 cases). The study suggests that the main reasons why conditional sentences are not used more often are denunciation and general deterrence. Prison sentences are perceived as harsher (and more appropriate) punishment.

The researchers also cited recent studies that confirm there is little correlation between the severity of sentences and the number of offences. What has the greatest impact on patterns of offending is publicizing apprehension rates, or increasing the probability of being caught. A review of cases and research found no empirical or scientific basis for eliminating the conditional sentence as an option in aggravated impaired driving cases. The study concludes that the only rationale for removing the conditional sentencing option would be that a conditional sentence is simply not harsh enough to address the seriousness of the offence. This is a subjective perception and, therefore, not amenable to academic study.

A vital issue concerning conditional sentences is the supervision of offenders serving terms of custody in the community. Effective supervision would seem to be critical to the success of the entire conditional sentencing regime. If judges lack confidence that the conditions they impose as part of conditional sentence orders are adequately enforced, they will be less likely to use the sanction. In addition, low public confidence in the adequacy of supervision is likely to undermine faith in the administration of justice. The issue of the enforcement of the conditions of a conditional sentence order took on added importance after the Supreme Court decision in the *Proulx* case. After this 2000 decision, which said that conditions such as house arrest or strict curfews should be the norm, there was a significant increase in the use of curfews or house arrest and the number of optional conditions imposed by courts rose significantly.[29] A conditional sentence is a term of imprisonment and should, therefore, attempt

---

(27) Paciocco and Roberts (2005).

(28) Canada Safety Council, "New Study Examines Conditional Sentences for Impaired Driving Causing Death or Bodily Harm," http://www.safety-council.org/info/traffic/impaired/condsent-summary.html.

(29) Roberts (2002), Table 5.

to re-create, in the community, some of the restrictions on an offender's life that prison imposes. This creates additional work for conditional sentence supervisors. Judicial concern with the adequacy of this supervision has been expressed repeatedly.(30) A survey of the judiciary has indicated that if more community and supervisory resources were available, courts would impose the conditional sentence of imprisonment more often.(31)

In a survey of probation officers in Ontario, who are responsible for ensuring compliance with conditional sentences, almost half of the respondents reported being unable to ensure compliance with house arrest or curfew conditions.(32) This would seem to undermine the idea that a liberty restriction is a defining characteristic of the sanction. The Province of Ontario is currently inaugurating electronic monitoring, which should lower the risk of re-offending, but this technology will probably apply only to high-risk cases.(33) If a sanction is inadequately administered, no statutory amendment (such as limiting conditional sentences to certain types of offence) will save it from failing to achieve its goals.

BILL C-70, AN ACT TO AMEND THE CRIMINAL CODE (CONDITIONAL SENTENCE OF IMPRISONMENT)

Bill C-70, An Act to amend the Criminal Code (conditional sentence of imprisonment), was given first reading in the House of Commons on 27 October 2005. The bill's intention was to create a presumption that courts shall not make conditional sentence orders when sentencing offenders convicted of serious personal injury offences, as defined in section 752 of the *Criminal Code*, terrorism offences, criminal organization offences or any other offences whose nature and circumstances are such that they require the paramount sentencing objective of the court to be the expression of society's denunciation. Courts would be required to explain in writing any exceptional circumstances that lead them to believe it would be in the interests of justice to use a conditional sentence in such cases.

The bill would also have allowed a court to suspend a conditional sentence order pending appeal, and, before doing so, to order the accused to enter into an undertaking or recognizance. In addition, the bill would have clarified that the minimum punishment provided

---

(30) *R.* v. *Patterson* (2000), 33 C.R. (5th) 45 (Ont. C.J.).

(31) Julian V. Roberts, A. N. Doob and V. Marinos, *Judicial Attitudes To Conditional Terms of Imprisonment: Results of a National Survey*, Department of Justice Canada, Ottawa, 2000.

(32) Julian V. Roberts, Cathy Hutchison and Rebecca Jesseman, "Supervising Conditional Sentence Orders: The Perceptions and Experiences of Probation Officers in Ontario," *Criminal Reports*, 6th Series, Vol. 29, 2005, p. 107.

(33) *Ibid.*

for offences under sections 253 and 254 of the *Criminal Code* (impaired driving and demands for breath samples) applies to impaired driving offences causing bodily harm or death and provides that a court may order that the time served under an order prohibiting the operation of a means of transport be served consecutively to the time served under any other similar order that is in force.

The then Minister of Justice has defended the approach taken by Bill C-70, stating that not all violent crimes are equal.(34) This is the reason why conditional sentences were not banned for all cases of violent crime. Opposition to the bill stems from the conclusion that violent and repeat offenders will still be given the opportunity to argue that they should be allowed to serve their jail sentences at home.

Some opponents of Bill C-70 recommend the use of mandatory minimum sentences as an alternative to conditional sentencing. In response, Justice Department officials have denied that mandatory minimum prison sentences work and have pointed to figures indicating that conditional sentencing is not used frequently. In 2003-2004, for example, it was used in only 4.6% of all *Criminal Code* cases and 6.3% of all cases involving crimes against the person, which include various forms of assault and robbery.(35) The Justice Department also argues that mandatory minimum sentences lead to more plea bargaining, an increase in costs as incentives to plead guilty are removed, rigidity in the sentencing process which reduces courts' ability to craft individualized sentences that take into account both aggravating and mitigating circumstances, increased racial disparities in inmate populations, and an increased number of charges going to trial. Moreover, they simply transfer discretion from the judiciary to the police and/or Crown attorneys.(36)

Another criticism of Bill C-70 concerns its alleged fettering of judicial discretion. It has been pointed out that the proposed legislation is contrary to the Supreme Court of Canada's decision in *R.* v. *Proulx*, where no restrictions were placed on the availability of a conditional sentence except for what is in the legislation.(37) When judges do not impose sentences that are appropriate for the offender and the offence, the appellate courts are able to review the case. It is also not a fair assessment of conditional sentences to say that they are easy to get or that they do not constitute an appropriate punishment.

---

(34) Stephen Thorne, "New crime bill doesn't eliminate conditional sentences," *Vancouver Sun*, 28 October 2005, p. A1.

(35) *Ibid.*

(36) Department of Justice Canada, Backgrounder, "Fair and Effective Sentencing – A Canadian Approach to Sentencing Policy," http://canada.justice.gc.ca/en/news/nr/2005/doc_31690.html.

(37) *Law Times*, 7 November 2005, p. 1.

PRB 05-44F

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Robin MacKay
Division du droit et du gouvernement

Le 21 décembre 2005

PARLIAMENTARY INFORMATION AND RESEARCH SERVICE
SERVICE D'INFORMATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES

Le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les analystes peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

ASSISE LÉGISLATIVE DE LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS 2

SURSIS AU PRONONCÉ DE LA PEINE ET ORDONNANCE DE PROBATION 5

EXAMEN COMPARATIF DE LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS, DU SURSIS AU PRONONCÉ DE LA PEINE ET DE L'ORDONNANCE DE PROBATION 6

DONNÉES SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS 7

JURISPRUDENCE SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS 11

A. *R.* c. *Proulx* 11

B. *R.* c. *Wells* 13

C. *R.* c. *Knoblauch* 14

D. *R.* c. *Fice* 15

E. *R.* c. *F.(G.C.)* 16

F. *R.* c. *Bhalru*; *R.* c. *Khosa* 17

OPINIONS DIVERGENTES SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS 17

PROJET DE LOI C-70 : LOI MODIFIANT LE CODE CRIMINEL (EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS) 20

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

INTRODUCTION

La peine d'emprisonnement avec sursis, instaurée au Canada en septembre 1996, permet de purger une peine dans la collectivité plutôt que dans un établissement correctionnel[1]. Elle représente une solution intermédiaire entre l'incarcération et les sanctions telles que l'ordonnance de probation ou l'amende. Le sursis a été mis au point non pas dans l'absolu, mais dans le cadre d'un examen des dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine. Ces dispositions portaient notamment sur l'objet essentiel et les principes de la détermination de la peine, le principe fondamental étant que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de son auteur. L'examen en question a fait ressortir d'autres principes, dont une liste des circonstances aggravantes qui devraient alourdir la peine.

L'objectif premier de l'emprisonnement avec sursis est de réduire le recours à l'incarcération en offrant un mécanisme de rechange aux tribunaux. Le sursis offre aussi la possibilité d'intégrer davantage les notions de justice réparatrice dans le processus de détermination de la peine en encourageant les personnes qui ont causé des torts à les reconnaître et à les réparer.

À l'époque de son adoption, la peine avec sursis était considérée en général comme un bon moyen d'écarter du système carcéral les infractions mineures et leurs auteurs. L'usage trop répandu des peines d'emprisonnement s'avérait un problème pour beaucoup de gens, et l'on jugeait bénéfiques les notions de justice réparatrice. Dans les faits, toutefois, la peine avec sursis est parfois vue sous un jour négatif lorsqu'elle est infligée à l'auteur d'un crime très grave[2].

---

(1) La peine d'emprisonnement avec sursis a pour origine le projet de loi C-41, devenu L.C. 1995, ch. 22, dont l'entrée en vigueur le 3 septembre 1996 a eu pour effet de modifier le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Des modifications au régime de l'emprisonnement avec sursis ont été apportées dans le projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1999, ch. 5. Les articles pertinents (39 à 42) sont entrés en vigueur le 1er juillet 1999.

(2) Ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta, *La peine d'emprisonnement avec sursis : Le besoin de modifier la loi*, 17 juin 2003.

D'aucuns dénoncent le fait que certains délinquants reçoivent des peines d'emprisonnement avec sursis pour des crimes très violents, des agressions sexuelles et des infractions apparentées, des cas de conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort ou des lésions corporelles et des vols commis dans le contexte d'un abus de confiance. La plupart des gens sont d'avis qu'il est bon d'offrir un sursis à des personnes qui n'ont pas commis de crime sérieux ou violent et qui ne sont pas dangereuses pour la société, mais qui seraient autrement incarcérées, alors que d'autres pensent qu'il y a des cas où l'incarcération est nécessaire à cause de la nature même de l'infraction et du type de délinquant. Ils craignent que le refus d'incarcérer un délinquant jette le discrédit sur tout le régime d'emprisonnement avec sursis et, par conséquent, sur le système de justice pénale. Autrement dit, ce n'est pas l'existence des peines avec sursis qui pose problème, mais plutôt leur application dans des cas où il semble clair que l'incarcération s'impose.

ASSISE LÉGISLATIVE DE LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Les dispositions régissant la condamnation avec sursis figurent aux articles 742 à 742.7 du *Code criminel* (le *Code*). Elles énoncent quatre critères qui doivent être remplis pour que le juge puisse envisager une peine avec sursis :

1. l'infraction dont une personne est déclarée coupable ne doit pas être punissable d'une peine minimale d'emprisonnement;
2. le juge doit avoir établi que l'infraction devrait donner lieu à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
3. le juge doit être convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité du public;
4. le juge doit être convaincu que la peine avec sursis est conforme à l'objet essentiel et aux principes de la détermination de la peine, définis aux articles 718 à 718.2 du *Code*.

En ce qui concerne le quatrième critère, la détermination de la peine poursuit notamment les objectifs suivants :

- dénoncer le comportement illégal;
- dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

- favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- sensibiliser les délinquants à leurs responsabilités.

Le principe fondamental qui sous-tend la détermination de la peine est la proportionnalité, à savoir que la sanction infligée par le tribunal doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. D'autres principes veulent que les circonstances aggravantes et atténuantes soient prises en compte, que des peines semblables soient imposées pour des infractions semblables, que la durée totale des peines consécutives ne soit pas trop longue et que l'on inflige la sanction la moins contraignante avant d'envisager la privation de liberté dans la mesure du possible.

Par ailleurs, les ordonnances de sursis sont assorties des conditions obligatoires suivantes, énoncées à l'article 742.3 du *Code*, qui intiment au délinquant :

- de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;
- de répondre aux convocations du tribunal;
- de se présenter à l'agent de surveillance lorsqu'on le lui signifie;
- de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;
- de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements de nom ou d'adresse et de l'aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

En outre, des conditions facultatives peuvent être imposées selon le cas. Elles peuvent intimer notamment au délinquant de s'abstenir de consommer de l'alcool ou des drogues, de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme, d'accomplir jusqu'à 240 heures de service communautaire ou d'observer d'autres conditions raisonnables que le tribunal juge souhaitables pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre la même infraction ou une autre infraction. Le tribunal doit faire donner au délinquant une copie de l'ordonnance de sursis, ainsi que des explications sur la procédure à suivre pour faire modifier les conditions facultatives et sur les conséquences d'un manquement aux conditions.

L'article 742.6 du *Code* expose la procédure à suivre en cas de manquement à une ou plusieurs des conditions de l'ordonnance de sursis. Il prévoit que le prétendu manquement peut être étayé par une preuve documentaire. L'allégation doit être fondée sur un rapport écrit de l'agent de surveillance, où figurent, le cas échéant, les déclarations signées des témoins. Le délinquant doit recevoir copie de ce rapport. Si le tribunal est convaincu, par une preuve prépondérante, qu'il y a eu manquement à une condition, il revient au délinquant de fournir une excuse raisonnable. S'il est établi qu'il y a eu manquement, le tribunal peut : ne pas agir; modifier les conditions facultatives; suspendre l'ordonnance de sursis pendant un certain temps, ordonner au délinquant de purger une partie de sa peine en prison, puis remettre en vigueur l'ordonnance, avec ou sans modification des conditions facultatives; mettre fin au sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine.

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*[3] établit une sanction semblable à la peine d'emprisonnement avec sursis. L'ordonnance différée de placement sous garde et de surveillance[4] prévoit qu'un jeune délinquant est tenu de purger sa peine dans la collectivité sous surveillance. D'une durée maximale de six mois, cette sanction ne peut pas être appliquée dans le cas d'une infraction grave avec violence, définie comme une infraction dans la perpétration de laquelle un adolescent cause des lésions corporelles graves ou tente d'en causer.

L'ordonnance différée de placement sous garde et de surveillance doit être conforme à l'objectif et aux principes énoncés à l'article 38 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* ainsi qu'aux restrictions en matière de garde figurant à l'article 39 de la même loi. L'objectif de la détermination de la peine, selon l'article 38, est de faire répondre l'adolescent de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue d'assurer la protection durable du public. Les principes exposés à l'article 38 consistent entre autres dans la proportionnalité de la peine, évoquée plus haut, et la nécessité d'imposer une peine qui offre les meilleures chances de réadaptation et de réinsertion sociale. L'article 39 précise notamment que le placement sous garde ne doit pas se substituer à des services de protection de la jeunesse ou de santé mentale, ou à d'autres mesures sociales, plus appropriés.

---

(3) L.C. 2002, ch. 1.

(4) Alinéa 42(2)*p*).

Le placement sous garde est assujetti aux conditions énumérées au paragraphe 105(2) et à d'autres conditions, présentées au paragraphe 105(3), que le tribunal juge indiquées. Les conditions obligatoires du paragraphe 105(2) incluent l'obligation, pour l'adolescent, de comparaître devant le tribunal pour adolescents lorsqu'on le lui signifie, de contacter son directeur provincial dès sa mise en liberté, de communiquer à son directeur provincial son adresse résidentielle dès sa mise en liberté, de l'informer par la suite de tout changement d'adresse résidentielle, d'occupation ou de situation financière et de ne pas posséder d'armes, sauf en conformité avec l'ordonnance. Parmi les conditions facultatives énoncées au paragraphe 105(3) se trouvent l'obligation de faire des efforts raisonnables pour trouver et conserver un emploi convenable, la fréquentation d'un établissement d'enseignement, la résidence à l'endroit fixé par le directeur provincial et l'obligation de demeurer dans le ressort du tribunal ou des tribunaux mentionnés dans l'ordonnance.

SURSIS AU PRONONCÉ DE LA PEINE ET ORDONNANCE DE PROBATION

Au lieu d'imposer une peine d'emprisonnement avec sursis, le tribunal peut surseoir au prononcé de la peine et délivrer une ordonnance de probation. Selon l'article 731 du *Code*, lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut, selon l'âge et la réputation du délinquant, la nature de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise, surseoir au prononcé de la peine et ordonner que le délinquant soit libéré selon les conditions de l'ordonnance de probation. Cette possibilité s'offre au tribunal dans le seul cas où aucune peine minimale n'est prévue par la loi.

Le tribunal a le pouvoir de révoquer l'ordonnance lorsque le délinquant est déclaré coupable d'une infraction pendant sa probation. Il peut aussi ordonner que le délinquant respecte les conditions de l'ordonnance et imposer une amende ou condamner le délinquant à une peine d'emprisonnement d'au plus deux ans. La peine d'emprisonnement peut faire l'objet d'un sursis, dans lequel cas l'ordonnance de probation entre en vigueur à l'expiration de la peine avec sursis. Le tribunal peut en outre rendre une ordonnance de probation dans laquelle il absout l'accusé (inconditionnellement ou sous certaines conditions) en vertu du paragraphe 730(1). La période maximale de probation est de trois ans.

Comme pour la peine avec sursis, l'ordonnance de probation est assortie de conditions obligatoires et facultatives. Aux termes de l'article 732.1 du *Code*, les conditions obligatoires sont l'obligation, pour le délinquant, de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une

bonne conduite, de répondre aux convocations du tribunal, de prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements de nom ou d'adresse et de l'aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

Les conditions facultatives que le tribunal peut imposer incluent l'obligation, pour le délinquant, de se présenter à l'agent de probation lorsqu'on lui ordonne de le faire, de s'abstenir de consommer de l'alcool ou des drogues, de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme, de participer activement à un programme de traitement avec son consentement et d'observer les autres conditions raisonnables que le tribunal juge souhaitables pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale. Comme c'est le cas pour les peines avec sursis, le tribunal est tenu de donner au délinquant une copie de l'ordonnance de probation, ainsi que des explications sur les conséquences d'un manquement aux conditions de l'ordonnance et sur la procédure à suivre pour faire modifier les conditions facultatives.

L'article 733.1 du *Code* précise ce qui attend le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à l'ordonnance de probation. Il est alors déclaré coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de 18 mois ou d'une amende d'au plus 2 000 $, ou les deux.

EXAMEN COMPARATIF DE LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS, DU SURSIS AU PRONONCÉ DE LA PEINE ET DE L'ORDONNANCE DE PROBATION

Les dispositions évoquées plus haut font ressortir d'importantes différences entre la peine d'emprisonnement avec sursis, le sursis au prononcé de la peine et l'ordonnance de probation. Premièrement, contrairement à ce qui se produit pour le sursis au prononcé de la peine prévu à l'alinéa 731(1)*a*), le tribunal, dans le contexte de l'emprisonnement avec sursis, inflige en fait une peine d'incarcération. La différence est qu'elle est purgée dans la collectivité plutôt que dans un établissement correctionnel.

Deuxièmement, le tribunal peut, dans l'ordonnance de sursis, exiger que le délinquant suive un programme de traitement aux termes de l'alinéa 742.3(2)*e*). Il n'y a alors pas de consentement obligatoire, contrairement à ce que prévoit l'alinéa 732.1(3)*g*) pour les ordonnances de probation.

Troisièmement, d'après le libellé de la disposition résiduelle contenue à l'alinéa 732.1(3)*h*), qui porte sur les conditions facultatives de l'ordonnance de probation, un des objectifs est de faciliter la réinsertion sociale du délinquant. La situation est différente pour la disposition résiduelle de l'alinéa 742.3(2)*f*), qui porte sur les conditions de la peine avec sursis, en ce sens qu'elle n'a pas pour objectif premier la réadaptation et la réinsertion sociale du délinquant et autorise par conséquent l'imposition de conditions punitives telles que la détention à domicile ou un couvre-feu strict. On constate encore une fois que la peine d'emprisonnement avec sursis est plus punitive que l'ordonnance de probation.

Enfin, dans le cas d'une peine avec sursis, le manquement aux conditions rend le délinquant passible de sanctions qui vont de l'inaction du tribunal à l'obligation de purger le reste de la peine en détention. En revanche, le manquement aux conditions de l'ordonnance de probation entraîne une nouvelle infraction et donne lieu à des sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement. La différence tient au fait que, dans le cas de l'ordonnance de sursis, le manquement doit être prouvé suivant la prépondérance des probabilités uniquement alors que, pour l'ordonnance de probation, il doit être prouvé hors de tout doute raisonnable, puisqu'il entraîne une nouvelle infraction.

DONNÉES SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Statistique Canada signale que les peines d'emprisonnement avec sursis représentent encore une petite proportion des peines infligées. Ce type de sanction a été imposé dans 5 p. 100 des causes qui ont donné lieu à une déclaration de culpabilité, et dans une proportion beaucoup plus faible de toutes les peines prononcées. Ainsi, en 2003, sur les 104 183 peines de détention infligées au Canada, 13 267, ou 12,7 p. 100, étaient des peines d'emprisonnement avec sursis[5]. De ce nombre, 4 215 concernaient des infractions contre les biens et 3 619, des crimes violents.

Quotidiennement en 2003-2004, on comptait en moyenne au Canada 154 600 adultes sous surveillance dans les établissements gérés par les services correctionnels, soit 3 p. 100 de moins que l'année précédente. Quatre de ces adultes sur cinq, ou un peu moins de 122 600, faisaient l'objet d'une surveillance dans la collectivité. La grande majorité d'entre

---

(5) Voir Statistique Canada, site Web *Le Canada en statistiques* (http://www40.statcan.ca/l02/cst01/legal22a_f.htm). À noter que le Québec ne déclare pas ses peines avec sursis.

eux (82 p. 100) étaient en probation, 11 p. 100 purgeaient une peine avec sursis et 7 p. 100 étaient en liberté conditionnelle ou en liberté d'office. Les quelque 32 000 autres adultes, soit un sur cinq, se trouvaient dans un pénitencier fédéral ou dans une prison provinciale ou territoriale. Ce total était inférieur de 2 p. 100 à celui de 2002-2003, et inférieur de plus de 5 p. 100 au niveau enregistré dix ans auparavant(6). Statistique Canada indique que l'instauration des peines d'emprisonnement avec sursis en 1996 a offert aux tribunaux une solution de rechange à l'incarcération, fondée sur la surveillance dans la collectivité, et elle a eu un impact direct sur le fléchissement du nombre d'admissions après condamnation dans les établissements carcéraux(7).

Statistique Canada signale aussi toutefois qu'en 2003-2004, pour la première fois depuis l'instauration des peines d'emprisonnement avec sursis en 1996, le nombre total de délinquants assujettis à une nouvelle ordonnance de sursis a baissé, passant de 19 200 à 18 900, ce qui équivalait à un recul de 2 p. 100. En dépit de cette diminution par rapport à l'année précédente, le nombre de nouvelles peines d'emprisonnement avec sursis était supérieur de 17 p. 100 au niveau de 1999-2000. Elles ont été le facteur le plus important dans la hausse de 4 p. 100 des admissions aux programmes de surveillance dans la collectivité pendant cette période. Les changements dans le nombre de nouvelles condamnations avec sursis par rapport à l'année précédente variaient grandement entre les provinces ou territoires. Ils allaient d'une augmentation de 57 p. 100 à l'Île-du-Prince-Édouard à une baisse de 11 p. 100 en Colombie-Britannique(8).

L'imposition de peines avec sursis permet non seulement de réduire le taux d'incarcération, mais permet aussi de bonnes économies financières. Le coût annuel moyen d'un détenu incarcéré dans un établissement provincial ou territorial (ce qui inclut la mise sous garde et d'autres formes de détention temporaire) était de 51 454 $ en 2002-2003, contre 1 792 $ pour la surveillance d'un délinquant dans la collectivité (y compris les peines avec sursis, la probation, la surveillance des personnes en liberté sous caution, les modes facultatifs de paiement d'une amende et la mise en liberté sous condition)(9). Malheureusement, aucune donnée nationale

---

(6) Voir Statistique Canada, *Le Quotidien*, 16 décembre 2005 (http://www.statcan.ca/Daily/Francais/051216/q051216b.htm).

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

(9) Centre canadien de la statistique juridique, *Les services correctionnels pour adultes au Canada, 2002-2003*, tableau explicatif 11 (http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/Statcan/85-002-XIF/0100485-002-XIF.pdf).

récente n'a été publiée sur le pourcentage d'ordonnances transgressées ou sur la réaction des tribunaux à ces manquements. Un sondage antérieur a révélé que le taux de peines avec sursis purgées avec succès avait diminué entre 1997-1998 et 2000-2001, passant de 78 p. 100 à 63 p. 100. Ce taux avait surtout pour origine les manquements commis à un nombre croissant de conditions imposées aux délinquants plutôt que de présumées nouvelles infractions(10).

Une étude des tribunaux de première instance de l'Ontario et du Manitoba révèle une hausse de la proportion de délinquants placés en détention et un déclin correspondant de la proportion de délinquants autorisés à continuer de purger leur peine dans la collectivité à la suite d'un manquement injustifié aux conditions. En 1997-1998, par exemple, 65 p. 100 des délinquants du Manitoba jugés coupables d'un manquement à leur ordonnance sans excuse raisonnable ont par la suite été placés en détention pendant un certain temps; en 2000-2001, cette proportion est montée à 74 p. 100. En Ontario, elle est passée de 42 à 50 p. 100 pendant la même période. Ces données – les statistiques les plus récentes sur les manquements – montrent que, depuis l'arrêt *Proulx* de la Cour suprême (voir plus bas), les tribunaux prennent des mesures plus rigoureuses à la suite de manquements aux ordonnances de sursis(11).

Étant donné l'existence relativement récente de la condamnation avec sursis, peu d'études scientifiques ont été menées sur ses conséquences pour le système de justice pénale. De plus, il n'y a pas suffisamment de données statistiques sur la détermination de la peine au Canada; même l'Enquête sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes, de Statistique Canada, ne produit pas assez de données importantes. Il ressort d'une étude que les peines avec sursis ont un effet important sur les taux de nouvelles détentions, qui ont baissé de 13 p. 100 depuis l'instauration du sursis(12). Grâce à cette mesure, quelque 55 000 délinquants de moins ont été envoyés en détention. La même étude, cependant, a montré qu'il y a eu un élargissement du filet : environ 5 000 délinquants qui auraient reçu une sanction non privative de liberté avant 1996 ont été condamnés à une peine avec sursis, qui est une forme de détention.

---

(10) Julian V. Roberts, « The Evolution of Conditional Sentencing in Canada: An Empirical Analysis » *Criminal Reports*, 6th Series, vol. 3, 2002, p. 267 à 283 (tableau 7).

(11) David M. Paciocco et Julian Roberts, *Sentencing in Cases of Impaired Driving Causing Bodily Harm or Impaired Driving Causing Death*, Conseil canadien de la sécurité, 25 février 2005 (http://www.safety-council.org/info/traffic/impaired/sentencing.pdf).

(12) Julian V. Roberts et Thomas Gabor, « The Impact of Conditional Sentencing: Decarceration and Widening of the Net », *Canadian Criminal Law Review*, vol. 8, 2004, p. 33 à 49.

On a constaté des écarts considérables entre les taux d'incarcération des différentes provinces : dans certaines d'entre elles, le filet s'est nettement élargi; dans d'autres, le contraire s'est produit[13]. Dans plusieurs provinces, la réduction du nombre de placements en détention dépasse largement l'imposition de peines avec sursis. Il y a donc eu un changement d'orientation qui privilégie les solutions de rechange à l'emprisonnement, peut-être à la suite des changements législatifs adoptés en 1996[14]. Un de ces changements était la codification du principe de la modération dans le recours aux peines d'emprisonnement.

Une étude portant sur les victimes d'actes criminels et leur attitude à l'égard de l'emprisonnement avec sursis a mis en lumière les avantages suivants du sursis :

- La plupart des programmes de réinsertion sociale peuvent être mis en œuvre plus efficacement lorsque le délinquant purge sa peine dans la collectivité plutôt qu'en détention.
- La prison n'est pas une mesure dissuasive plus efficace que des sanctions intermédiaires rigoureuses comme l'ordonnance de probation améliorée ou la détention à domicile.
- Il est beaucoup plus coûteux de garder des délinquants en détention que de les surveiller dans la collectivité.
- La population est devenue plus favorable aux peines purgées dans la collectivité, sauf dans le cas de crimes violents graves.
- L'intérêt général pour la justice réparatrice a eu pour effet d'éveiller l'attention pour les sanctions purgées dans la collectivité. Les mesures de justice réparatrice visent à défendre les intérêts de la victime à tous les stades du processus de justice pénale, mais en particulier à l'étape de la détermination de la peine.
- Parmi les avantages des sanctions purgées dans la collectivité figurent l'économie de ressources correctionnelles précieuses et la capacité du délinquant de garder son emploi ou d'en chercher un et de conserver des liens avec sa famille[15].

L'étude a conclu que l'*idée* de la peine purgée dans la collectivité est clairement acceptée par les victimes, sauf pour des crimes violents très graves[16]. La gravité des crimes

---

(13) *Ibid.*

(14) Roberts (2002).

(15) Julian V. Roberts et Kent Roach, « Conditional Sentencing and the Perspectives of Crime Victims: A Socio-Legal Analysis », *Queen's Law Journal*, vol. 30, 2005, p. 560 à 600.

(16) *Ibid.*, p. 599.

justifie la détention aux yeux des victimes. Des études réalisées sur la condamnation avec sursis indiquent qu'un faible pourcentage seulement des peines avec sursis sont infligées pour des crimes violents très graves. Or, en prêtant plus d'attention aux intérêts des victimes au moment de définir les peines avec sursis, on pourrait faire avancer la justice réparatrice par des mesures qui veillent à la réparation, à la reconnaissance des torts et à la protection des victimes d'actes criminels. Ce faisant, on pourrait aussi aider les délinquants à comprendre les torts que leur crime a causés et rendre les peines avec sursis plus crédibles comme solution de rechange valable à l'emprisonnement.

JURISPRUDENCE SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Les critiques adressées contre les pratiques en matière de détermination de la peine au Canada visent surtout la nature de l'infraction. Elles négligent souvent le poids accordé aux facteurs aggravants et atténuants et aux circonstances entourant l'infraction. Dans les dispositions du *Code* qui portent sur la détermination de la peine, le législateur a fait une large place aux « mesures les moins restrictives » et prescrit aux tribunaux de ne recourir à l'incarcération que si les peines purgées dans la collectivité ne conviennent pas. Cette attitude est conforme au souci du législateur de s'attaquer au recours abusif à l'incarcération au Canada et d'adopter une approche de la détermination de la peine davantage axée sur la justice réparatrice. Ensemble, ces principes encouragent la souplesse dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Avec le temps, les cours d'appel et la Cour suprême du Canada en viennent à donner des instructions plus détaillées sur l'application des différents principes aux catégories d'infractions et de délinquants. Nous présentons ci-dessous des exemples de causes où divers aspects de la condamnation avec sursis ont été pris en considération.

A. *R.* c. *Proulx*[17]

La cause la plus importante dans le domaine de l'emprisonnement avec sursis est l'arrêt *R.* c. *Proulx* de la Cour suprême. La Cour a examiné la question des peines d'emprisonnement avec sursis dans cette affaire de conduite dangereuse ayant causé la mort et

(17) [2000], 1 R.C.S. 61.

des lésions corporelles. Avant cet arrêt, les juges avaient peu de principes directeurs à leur disposition, en dehors des critères établis par le *Code criminel*, sur les cas où des peines d'emprisonnement avec sursis étaient justifiées. Dans son jugement, la Cour suprême a fait clairement comprendre qu'il fallait apporter des changements dans le recours à ce type de sanction, tout en le cautionnant fermement. Elle a défini un certain nombre de principes, qui peuvent être résumés comme suit :

1. Contrairement à la probation, qui est principalement une mesure de réinsertion sociale, l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis devrait généralement être assortie de conditions punitives qui restreignent la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile ou un couvre-feu strict devraient être la règle plutôt que l'exception.

2. La décision d'imposer la peine avec sursis doit être prise en deux étapes distinctes. Premièrement, le tribunal détermine s'il est indiqué d'exclure la peine d'emprisonnement de deux ans et plus ou l'ordonnance de probation en conformité avec l'objet essentiel et les principes de la détermination de la peine. Deuxièmement, après avoir jugé qu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est justifiée, il doit décider si cette peine doit être purgée dans la collectivité.

3. La notion de « danger pour la sécurité de la collectivité », un des critères que le tribunal doit considérer, s'entend uniquement de la menace que présente un délinquant, et non du risque plus général de menace pour le respect de la loi. Elle englobe le risque d'activité criminelle, y compris le risque d'infraction contre les biens. En examinant la notion de danger pour la collectivité, le tribunal doit apprécier le risque de récidive et la gravité des torts qui pourraient s'ensuivre. Le risque doit être évalué à la lumière des conditions pouvant être rattachées à la peine. Par conséquent, il est possible de réduire le danger à un niveau acceptable en fixant des conditions appropriées.

4. La peine d'emprisonnement avec sursis est possible pour toutes les infractions qui satisfont aux conditions préalables prévues par la loi. Il n'y a pas de présomption selon laquelle la peine avec sursis ne convient pas à certaines infractions. Toutefois, la gravité de l'infraction est nettement pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une condamnation avec sursis est justifiée dans les circonstances.

5. Il n'existe pas non plus de présomption en faveur d'une peine avec sursis si toutes les conditions préalables sont satisfaites. Le tribunal doit toutefois envisager sérieusement la possibilité d'un sursis dans tous les cas où les conditions préalables prévues par la loi sont réunies.

6. L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur appréciable, en particulier si les conditions imposées sont rigoureuses et si la durée de l'ordonnance est plus longue que ne l'aurait été la peine d'emprisonnement. En général, plus l'infraction est grave, plus la peine avec sursis devrait être longue et assortie de conditions rigoureuses.

7. L'emprisonnement avec sursis peut aussi avoir un effet dissuasif appréciable si les conditions sont suffisamment punitives. Le tribunal doit prendre soin de ne pas accorder un poids excessif à la dissuasion quand il choisit entre le sursis et l'incarcération.

8. Si les objectifs de réinsertion sociale, de réparation des torts et de sensibilisation des délinquants à leurs responsabilités sont réalistes, l'emprisonnement avec sursis est vraisemblablement la sanction la plus indiquée, sous réserve des facteurs de dénonciation et de dissuasion.

9. La peine d'emprisonnement avec sursis peut être infligée même s'il existe des circonstances aggravantes relatives à l'infraction ou au délinquant qui renforcent le besoin de dénonciation et de dissuasion.

10. Aucune partie n'a la charge d'établir si l'emprisonnement avec sursis est ou n'est pas une sanction appropriée. Toutefois, le délinquant est généralement le mieux placé pour convaincre le juge que ce type de peine est indiqué. Il est dans son intérêt de présenter des observations et de fournir des renseignements qui montrent la pertinence du sursis.

11. La retenue à laquelle il faut faire preuve à l'égard des juges chargés de prononcer la peine s'applique en général à la décision d'imposer ou non une peine d'emprisonnement avec sursis.

12. La peine d'emprisonnement avec sursis a été instaurée à la fois pour réduire le recours à l'incarcération en tant que sanction et pour élargir l'application des principes de la justice réparatrice dans la détermination de la peine.

Le principal résultat de l'arrêt *Proulx* est qu'il n'existe pas de présomption contre le recours à la peine d'emprisonnement avec sursis dans le cas de crimes autres que ceux pour lesquels une période d'incarcération est obligatoire.

B. *R.* c. *Wells*[18]

Un autre arrêt clé de la Cour suprême concerne le rôle que la peine d'emprisonnement avec sursis devrait jouer dans le cas de délinquants autochtones. L'affaire vise un Autochtone condamné à 20 mois d'incarcération pour agression sexuelle. En confirmant que cette peine était justifiée dans les circonstances, la Cour suprême a conclu que l'examen de la possibilité d'un emprisonnement avec sursis pour un délinquant autochtone devait se faire selon les étapes suivantes :

---

(18) [2000] 1 R.C.S. 207.

1. Après examen préliminaire, exclusion, en tant que sanctions non justifiées, du sursis au prononcé de la peine avec ordonnance de probation et de la peine d'incarcération dans un pénitencier.

2. Évaluation de la gravité de l'infraction en cause, ce qui inclut nécessairement les torts causés, et du degré de responsabilité du délinquant.

3. Connaissance d'office « des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés auxquelles font face les Autochtones, tant au sein du système de justice pénale que dans la société en général ».

4. Examen de la situation propre au délinquant, y compris de la preuve d'initiatives communautaires visant à appliquer les principes de la justice réparatrice au règlement de problèmes sociaux particuliers.

Bien que la possibilité d'une peine d'emprisonnement avec sursis ne puisse être écartée par présomption, dans les faits et par dérogation à l'alinéa 718.2*e*) du *Code criminel*, les infractions violentes et graves entraîneront l'emprisonnement pour les délinquants autochtones aussi souvent que pour les délinquants non autochtones. Bien que l'avocat et le rapport présentenciel soient les principales sources d'information sur la situation du délinquant, le juge a l'obligation expresse de se renseigner lui-même[19]. En l'espèce, le juge a bien rempli cette obligation. L'application de l'alinéa 718.2*e*) ne signifie pas que les délinquants autochtones doivent toujours recevoir la peine qui accorde le plus de poids aux principes de la justice réparatrice et le moins de poids aux objectifs tels que la dissuasion, la dénonciation et l'isolement. L'infraction commise en l'occurrence était grave, de sorte que les principes de la dénonciation et de la dissuasion ont valu au délinquant une peine d'emprisonnement.

C. *R.* c. *Knoblauch*[20]

Les délinquants qui ont des troubles mentaux ne sont pas exclus du régime d'emprisonnement avec sursis. Dans l'affaire *R.* c. *Knoblauch*, un délinquant qui possédait de longs antécédents de maladie mentale a été trouvé en possession d'un arsenal pouvant causer des torts considérables à la population et des dommages matériels. Il a plaidé coupable de possession illégale d'une substance explosive et de possession illégale d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Dans son arrêt, la Cour suprême a confirmé la décision du juge du procès d'imposer une peine avec sursis de deux ans moins un jour, suivie de trois ans

---

(19) Allan Manson, *The Law of Sentencing*, Irwin Law, Toronto, 2001, p. 274 et 275.

(20) [2000] 2 R.C.S. 780.

de probation. Le délinquant était tenu de purger sa peine d'emprisonnement avec sursis dans une aile psychiatrique sécuritaire jusqu'à ce que des psychiatres décident, par consensus, de le transférer hors de cette unité.

Dans l'affaire *Knoblauch*, l'analyse portait principalement sur le risque que présentait le délinquant pendant qu'il purgeait sa peine dans la collectivité. Le danger pour la collectivité est évalué en fonction du risque de récidive et de la gravité du préjudice en cas de récidive. En l'espèce, la gravité du préjudice pouvait être extrême, mais les conditions imposées par le juge du procès, notamment que le délinquant réside dans une unité psychiatrique sécuritaire, réduisaient le risque au point où il ne devenait pas plus élevé que celui de voir le délinquant récidiver pendant son incarcération dans un pénitencier. L'arrêt *Knoblauch* a élargi la portée des peines d'emprisonnement avec sursis en utilisant la nouvelle sanction pour produire ce qui équivaut à un internement, quoique dans un établissement psychiatrique plutôt que dans une prison ou un pénitencier.

Dans cette affaire, les conditions facultatives qui peuvent être assorties à l'ordonnance de sursis ont servi à évaluer la dangerosité du délinquant et à réduire la menace de récidive. Elles se distinguent ainsi des conditions facultatives d'une ordonnance de probation, qui visent à « faciliter la réinsertion sociale du délinquant »[21]. La pertinence d'interner le délinquant dans un établissement psychiatrique sécuritaire découle de l'intention du législateur d'instaurer la peine avec sursis pour tenir les délinquants responsables de leurs infractions et en même temps respecter l'objet et les principes de la détermination de la peine prévus par la loi; cela doit être fait sans que le délinquant soit incarcéré dans un pénitencier[22]. L'importance de l'arrêt *Knoblauch* réside sans doute dans la capacité des tribunaux de placer plus de délinquants dans des établissements psychiatriques au lieu de les envoyer en prison.

D. *R.* c. *Fice*[23]

Dans l'arrêt *R.* c. *Fice*, la Cour suprême a statué qu'une femme qui avait attaqué sa mère avec un bâton de baseball et l'avait étranglée avec un cordon téléphonique aurait dû être envoyée en prison au lieu d'être autorisée à purger sa peine dans la collectivité. Cette affaire

---

(21) *Code criminel*, al. 732.1(3)*h*).

(22) Julian V. Roberts et Simon Verdun-Jones, « Directing Traffic at the Crossroads of Criminal Justice and Mental Health: Conditional Sentencing after the Judgment in Knoblauch », *Alberta Law Review*, vol. 39, n° 4, 2002, p. 788 à 809.

(23) [2005] 1 R.C.S. 742.

devrait servir à restreindre l'admissibilité aux peines d'emprisonnement avec sursis dans l'ensemble du pays. M^me^ Fice a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves commises contre sa mère à la suite d'une altercation devenue violente. Elle a aussi plaidé coupable à des accusations de fraude, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. La Cour suprême a statué que la période passée par M^me^ Fice en détention présentencielle n'était pas un facteur atténuant pouvant influer sur la fourchette des peines et, par conséquent, sur l'admissibilité à une peine d'emprisonnement avec sursis. Elle a conclu qu'en déterminant s'il y a lieu d'infliger une peine avec sursis, le tribunal doit d'abord décider qu'une peine de moins de deux ans s'impose. Le régime d'emprisonnement avec sursis n'est pas destiné aux délinquants qui méritent d'être incarcérés dans un pénitencier. Quand, après avoir examiné la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant, le juge conclut qu'une peine d'incarcération dans un pénitencier est justifiée et que l'emprisonnement avec sursis n'est donc pas possible, la période de détention présentencielle ne doit pas avoir pour effet de modifier cette conclusion.

E. *R.* c. *F.(G.C.)*[24]

La décision *R.* c. *F.(G.C.)* montre que les cours d'appel canadiennes ont mis au point des lignes directrices, à l'usage des tribunaux inférieurs, pour le recours à l'emprisonnement avec sursis. Dans cette affaire, l'accusé a été condamné pour agression sexuelle et contacts sexuels avec deux adolescentes de 13 ans qu'il a transformées en objets sexuels. En définitive, le délinquant a eu des rapports sexuels avec une des plaignantes. Le juge du procès a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de 12 mois. La Couronne a eu gain de cause dans son appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a modifié le jugement en imposant une détention d'un an après avoir tenu compte de la peine d'un an déjà purgée. Dans ses motifs de décision, la Cour d'appel a signalé avoir précisé à maintes reprises que l'emprisonnement avec sursis devrait rarement être imposé dans les cas d'agressions sexuelles contre des enfants, en particulier si l'accusé se trouvait en situation de confiance. De plus, les activités sexuelles multiples qui s'étendent sur une longue période et qui finissent par devenir envahissantes justifient en général une peine sévère. Sans compter que le juge du procès n'avait pas pris en considération le principe fondamental énoncé à l'article 718.1 du *Code*, à savoir que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

---

(24) (2004), 71 O.R. (3d) 771 (C.A.).

F. *R.* c. *Bhalru*; *R.* c. *Khosa*[25]

La décision *R.* c. *Bhalru*; *R.* c. *Khosa* illustre le cas d'une cour d'appel qui confirme la décision du juge du procès d'infliger l'emprisonnement avec sursis malgré l'appel interjeté par la Couronne. En l'occurrence, deux hommes ont été reconnus coupables de négligence criminelle ayant causé la mort à la suite d'une course automobile à laquelle ils ont participé dans la rue. Pendant cette course, une piétonne a été heurtée et tuée. Le juge du procès a rendu dans les deux cas une ordonnance de sursis de deux ans moins un jour, suivie d'une probation de trois ans. Des conditions restrictives ont été imposées, notamment la détention à domicile, assortie d'un nombre limité d'exceptions, une ordonnance de service communautaire de 240 heures sur une période de 18 mois, ainsi que l'interdiction de conduire pendant cinq ans.

La Couronne a fait valoir que les peines étaient inadéquates. La Cour d'appel a rejeté l'appel en se fondant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Proulx* et sur la reconnaissance judiciaire que les peines d'emprisonnement avec sursis peuvent, dans certaines circonstances, avoir un effet dissuasif et dénonciateur général pour les infractions relatives à la conduite automobile. Elle a donc conclu que la sanction était conforme aux principes de la détermination de la peine et que son caractère inadéquat n'avait pas été prouvé. Elle a également estimé qu'il n'y avait pas de facteurs aggravants, mise à part la course automobile. Cette conclusion, outre la sévérité de l'ordonnance de sursis que le juge du procès a rendue, a montré qu'il n'était pas déraisonnable d'ordonner que les deux personnes déclarées coupables purgent leur peine dans la collectivité.

OPINIONS DIVERGENTES SUR LA PEINE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Des objections ont été formulées contre le recours à la peine d'emprisonnement avec sursis pour certains crimes. La conduite avec facultés affaiblies en est un exemple. L'organisation Madd Canada (Les mères contre l'alcool au volant) a fait circuler une pétition où elle demande au Parlement d'éliminer le recours à la peine d'emprisonnement avec sursis pour les personnes reconnues coupables de conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort ou des lésions corporelles[26]. MADD croit que ce type de peine pour un crime violent ayant causé

---

(25) [2003] BCCA 645.

(26) MADD Canada, *Plus de 33 000 pétitionnaires demandent l'élimination des condamnations à l'emprisonnement avec sursis*, communiqué, 16 novembre 2004 (http://www.madd.ca/francais/news/p041116-f.htm).

la mort ou des lésions corporelles n'est pas proportionnel à la gravité de l'infraction. Le système de justice donne l'impression d'avoir un parti pris pour le délinquant et il n'accorde pas suffisamment d'importance à la valeur de la vie humaine qui a été sacrifiée.

Le Conseil canadien de la sécurité a adopté un point de vue différent après avoir commandé une étude (rendue publique le 25 février 2005) sur le lien entre la détermination de la peine et la sécurité. Intitulée *Sentencing in Cases of Impaired Driving Causing Bodily Harm or Impaired Driving Causing Death, With a Particular Emphasis on Conditional Sentencing*[27], l'étude a révélé que les peines d'emprisonnement avec sursis étaient imposées de façon très sélective. Elles étaient infligées en l'absence de circonstances aggravantes, telles qu'un piètre dossier de conduite ou une alcoolémie élevée, et d'ordinaire à des personnes qui, compte tenu de leur personnalité ou des circonstances, étaient de bons candidats pour la justice réparatrice[28]. En 2003-2004, plus des deux tiers des délinquants reconnus coupables de conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort et près de la moitié de ceux reconnus coupables de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles se sont vu imposer des peines d'emprisonnement. Les données indiquent que neuf personnes seulement ont reçu une peine d'emprisonnement avec sursis pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort (sur un total de 53 cas) et 84, pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles (sur un total de 339). Selon l'étude, les principales raisons pour lesquelles le recours à l'emprisonnement avec sursis n'est pas plus fréquent sont la dénonciation et la dissuasion. Les peines d'emprisonnement sont considérées comme une sanction plus sévère (et plus appropriée).

Les chercheurs ont également cité des études récentes qui confirment le peu de corrélation entre la sévérité des peines et le nombre d'infractions. Ce qui influence le plus les modèles de délinquance, c'est de faire connaître au public les taux d'arrestation ou d'accroître les probabilités d'arrestation. Un examen des cas et des recherches sur le sujet n'a pu démontrer de façon empirique ou scientifique que l'élimination des peines d'emprisonnement avec sursis dans les cas graves de conduite avec facultés affaiblies s'avérerait efficace. Il ressort de l'étude que le seul motif d'élimination serait que les peines d'emprisonnement avec sursis ne sont pas suffisamment sévères pour la gravité de l'infraction. Il s'agit là d'une perception subjective, qui se prête donc mal à des études scientifiques.

---

(27) Paciocco et Roberts (2005).

(28) Conseil canadien de la sécurité, « Une nouvelle étude se penche sur les peines d'emprisonnement avec sursis pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort ou des lésions corporelles » (http://www.safety-council.org/CCS/sujet/route/alcool/sursis.html).

Une question cruciale relativement aux condamnations avec sursis est la surveillance des délinquants qui purgent une peine d'emprisonnement dans la collectivité. Une bonne surveillance est normalement essentielle à l'efficacité du régime d'emprisonnement avec sursis. Si les juges ne croient pas que les conditions qu'ils rattachent aux ordonnances de sursis feront l'objet d'un bon contrôle, ils seront moins susceptibles d'imposer ce genre de sanction. De plus, la confiance limitée du public dans l'efficacité de la surveillance risque d'ébranler la foi dans l'administration de la justice. La question du contrôle des conditions fixées pour l'emprisonnement avec sursis a acquis une importance accrue par suite de l'arrêt *Proulx* rendu par la Cour suprême en 2000. Après cet arrêt, qui établissait que des conditions comme la détention à domicile ou un couvre-feu strict devraient être la règle plutôt que l'exception, les tribunaux se sont mis à recourir beaucoup plus fréquemment aux couvre-feux ou à la détention à domicile et à imposer beaucoup plus de conditions facultatives[29]. La peine avec sursis est une peine d'emprisonnement et devrait, par conséquent, chercher à recréer, dans la collectivité, certaines des restrictions auxquelles le délinquant serait assujetti en prison. Il en résulte un surplus de travail pour les agents de surveillance. Les tribunaux ont exprimé à maintes reprises leur préoccupation concernant l'efficacité de la surveillance[30]. Un sondage mené auprès du système judiciaire indique que les tribunaux infligeraient plus souvent des peines d'emprisonnement avec sursis s'il y avait plus de ressources communautaires et de ressources en matière de surveillance[31].

Dans un sondage réalisé auprès d'agents de probation de l'Ontario qui sont chargés de faire appliquer les peines d'emprisonnement avec sursis, près de la moitié des répondants ont dit être incapables d'assurer le respect de la détention à domicile ou du couvre-feu[32]. Cela vient heurter l'idée que la restriction de liberté est une caractéristique fondamentale de la sanction. Le gouvernement de l'Ontario inaugure en ce moment un mécanisme de surveillance électronique qui devrait réduire le risque de récidive, mais cette technologie ne

---

(29) Roberts (2002), tableau 5.

(30) *R.* c. *Patterson* (2000), 33 C.R. (5th) 45 (C.J. Ont.).

(31) Julian V. Roberts, A. N. Doob et V. Marinos, *Attitudes des juges face à la condamnation avec sursis : Résultats du sondage national*, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2000.

(32) Julian V. Roberts, Cathy Hutchison et Rebecca Jesseman, « Supervising Conditional Sentence Orders: The Perceptions and Experiences of Probation Officers in Ontario », *Criminal Reports*, 6th Series, vol. 29, 2005, p. 107.

s'appliquera probablement qu'à des cas qui présentent un risque élevé[33]. Si une sanction est mal appliquée, aucune modification législative (comme le fait de limiter les peines avec sursis à certains types d'infractions) ne pourra lui permettre d'atteindre ses objectifs.

PROJET DE LOI C-70 : LOI MODIFIANT LE CODE CRIMINEL (EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS)

Le projet de loi C-70 : Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis), a franchi l'étape de la première lecture à la Chambre des communes le 27 octobre 2005. Il visait à créer une présomption contre le recours à l'emprisonnement avec sursis en cas de sévices graves à la personne, au sens de l'article 752 du *Code*, d'infraction de terrorisme, d'infraction d'organisation criminelle et d'infraction dont la nature et les circonstances sont telles qu'elles commandent au tribunal d'accorder la prépondérance à l'objectif de dénonciation pour déterminer la peine. Les tribunaux seraient tenus d'expliquer par écrit les circonstances exceptionnelles qui les amènent à croire qu'il serait dans l'intérêt de la justice de recourir à une peine d'emprisonnement avec sursis en pareil cas.

Le projet de loi permettait aussi au tribunal de suspendre l'application d'une peine d'emprisonnement avec sursis jusqu'à l'issue de l'appel et d'ordonner à l'accusé, avant la suspension, de remettre une promesse ou de prendre un engagement. Il précisait en outre que les peines minimales prévues pour les infractions aux articles 253 et 254 du *Code* (conduite avec facultés affaiblies et prélèvement d'un échantillon d'haleine) s'appliquent aux infractions de conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort ou des lésions corporelles et habilitent le tribunal à prononcer une ordonnance d'interdiction de conduire un véhicule dont l'application est consécutive à toute autre ordonnance visant le même effet qui est toujours en vigueur.

Le ministre de la Justice qui était alors en poste a défendu l'approche représentée par le projet de loi C-70 en affirmant que tous les crimes violents n'étaient pas égaux[34]. C'est la raison pour laquelle les peines d'emprisonnement avec sursis n'étaient pas éliminées pour tous les cas de crime violent. L'opposition au projet de loi vient de la conclusion selon laquelle les auteurs de crimes violents et les récidivistes auront encore la possibilité de faire valoir qu'ils devraient être autorisés à purger leur peine d'emprisonnement à domicile.

---

(33) *Ibid.*

(34) Stephen Thorne, « New crime bill doesn't eliminate conditional sentences », *Vancouver Sun*, 28 octobre 2005, p. A1.

Certains opposants au projet de loi C-70 recommandaient le recours à des peines minimales obligatoires comme solution de rechange aux peines d'emprisonnement avec sursis. Les représentants du ministère de la Justice ont rétorqué que les peines d'emprisonnement minimales obligatoires ne fonctionnent pas et ont montré, chiffres à l'appui, que le sursis n'est pas utilisé fréquemment. En 2003-2004, par exemple, les tribunaux y ont eu recours dans seulement 4,6 p. 100 des cas relevant du *Code* et dans 6,3 p. 100 des cas de crimes contre la personne, y compris diverses formes de voies de fait et de vol qualifié(35). Le ministère de la Justice a également soutenu que les peines minimales obligatoires produisent différents effets : recrudescence de la négociation de plaidoyer, hausse des coûts du fait que l'incitation à plaider coupable est abolie, rigidité du processus de détermination de la peine qui rend les tribunaux moins à même d'infliger des peines individualisées en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes, disparités raciales accrues au sein des populations carcérales et augmentation du nombre d'accusations donnant lieu à procès. En outre, les peines minimales ne font que transférer le pouvoir discrétionnaire du système judiciaire à la police ou aux avocats de la Couronne(36).

On a aussi reproché au projet de loi C-70 le fait de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges. Il va, a-t-on dit, à l'encontre de l'arrêt *R.* c. *Proulx*, où la Cour suprême du Canada ne restreint pas l'admissibilité aux peines d'emprisonnement avec sursis, sauf pour les cas prévus par la loi(37). Lorsque les juges prononcent des peines qui ne conviennent pas au délinquant et à l'infraction, les cours d'appel peuvent réviser la décision. Il n'est pas juste non plus de dire que les peines avec sursis sont faciles à obtenir ou qu'elles ne constituent pas une sanction appropriée.

---

(35) *Ibid.*

(36) Ministère de la Justice du Canada, *Détermination de la peine équitable et efficace – Approche canadienne à la politique de détermination de la peine*, feuillet d'information, (http://canada.justice.gc.ca/fr/news/nr/2005/doc_31690.html).

(37) *Law Times*, 7 novembre 2005, p. 1.